



Ley 20.123 sobre subcontratación. Dos puntos críticos.

Claudio Palavecino¹.

Resumen: La ley 20.123 coloca al empresario que contrata o subcontrata con otro, obras o servicios, en posición de garante de obligaciones laborales ajenas. Esto conlleva una limitación a su libertad de contratación laboral y unas cargas económicas que entran su libertad de empresa y afectan su derecho de propiedad. La ley limita también la libertad económica de las empresas al prohibir el suministro de personal entre compañías relacionadas. En este artículo se hace un análisis crítico de los fundamentos con que se ha intentado justificar tales limitaciones.

1.- El problema del fundamento.

En el contrato de trabajo se obligan recíprocamente el empleador y el trabajador (art. 7° del Código del Trabajo). De acuerdo al principio del efecto relativo del contrato, las obligaciones que nacen de este acuerdo deberían afectar solamente a las partes que consintieron en ellas, esto es, al empleador y al trabajador. No habría, pues, por regla general, eficacia para terceros, frente a los cuales el contrato de trabajo es *res inter alios acta*.

Sin embargo, la ley desplaza la responsabilidad por obligaciones laborales y de la seguridad social que afectan al empleador hacia terceros ajenos al contrato de trabajo. Se pone al empresario que contrata o subcontrata obras o servicios en una disyuntiva: o ejerce una suerte de policía laboral respecto de sus contratistas y subcontratistas o se convierte, en términos prácticos, en empleador de los trabajadores de éstos. Elija lo uno o lo otro, en ambos casos resultará garante, con su patrimonio, del cumplimiento de obligaciones ajenas. La ley altera, de esta manera, el efecto relativo del contrato de trabajo. ¿Cuál es el fundamento para ello?

La respuesta más simple sería que el empresario principal, cuando celebra un contrato de obra o de servicio, o el contratista, cuando suscribe con otro empresario un subcontrato de la misma naturaleza, se colocan en el supuesto fáctico de la norma legal. La celebración de estos acuerdos llevaría implícita una infiltración de normas laborales de orden público que conectan el contrato o subcontrato con derechos y obligaciones de

¹ Abogado de Ernst & Young. Profesor del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.



contratos ajenos. Es lo mismo que decir que responden porque así lo manda la ley. Esta solución formalista y autoritaria no es satisfactoria, porque la Constitución garantiza a todas las personas el derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo. "En su esencia este derecho asegura que a nadie le será impuesto un trabajo o *un trabajador*".² Asimismo, la Constitución asegura el derecho de propiedad y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita. Derechos que implican la libertad del empresario de organizar la acción productiva del modo que estime más conveniente para sus intereses. Y, sin embargo, la ley impone trabajadores ajenos al empresario principal y constituye un gravamen considerable –y en definitiva una traba- sobre una decisión empresarial lícita.

Se ha intentado justificar lo anterior en la finalidad de prevenir la insolvencia de del contratista y tutelar los derechos de los trabajadores, proporcionando a éstos uno o más patrimonios adicionales a los de su empleador en los cuales hacer efectivos sus créditos. Frente a la pregunta de por qué es legítimo que el ordenamiento jurídico laboral transforme al empresario principal en garante de los derechos de trabajadores ajenos, los autores suelen señalar que, aunque no siendo éste empleador de esos trabajadores, igualmente se beneficia de su actividad laboral.³

La Corte Suprema, sostuvo el mismo argumento: "la responsabilidad legal indirecta que afecta al dueño de la obra o faena tiene su fundamento, por una parte, en el provecho que reporta el trabajo prestado en su interés por los dependientes del contratista y, por la otra, en el imperativo de

² Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, sesión 199, de 7 de abril de 1976, pp. 13-17, citada por Evans, E.: *Los Derechos Constitucionales*, tomo III, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 11.

³ Tapia, F. y Torres, R.: "La responsabilidad subsidiaria en el contrato de trabajo (Ley N.º 19.250)", en *Revista Laboral Chilena*, enero de 1994, p. 70. En el mismo sentido, pero a partir del modelo regulativo español, Frederic López I Mora justifica la responsabilidad de un tercero en las relaciones de trabajo de otro: "...quien se aprovecha de una prestación laboral ajena no es lógico ni razonable que quede fuera por completo de las responsabilidades derivadas de la posición del empleador auxiliar" ("El alcance subjetivo de la responsabilidad solidaria en materia de subcontratación", en *VVAA: Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 178). Asimismo, el uruguayo Alejandro Castello, apunta: "en estas situaciones la solidaridad no se explica por la existencia del fraude o simulación laboral, sino por la opción del Derecho del Trabajo de transferir los riesgos hacia el empresario que se presume solvente y se habría beneficiado directa o indirectamente del trabajo o del patrimonio del empleador, garantizando así el cobro de los créditos laborales" (*Responsabilidad solidaria en el derecho del trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, p. 6).



cautelar el debido cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que benefician a esos trabajadores...”.⁴

Esta explicación desatiende el carácter oneroso conmutativo del contrato de obra o de servicio celebrado entre el empresario principal y el contratista o, en su caso, del subcontrato celebrado entre contratista y subcontratista. La actividad laboral de los trabajadores integra el objeto de la obligación del contratista y, a su vez, forma parte de la causa de la obligación del empresario principal de pagar, a cambio, un determinado precio, el cual se mira como equivalente. Si el empresario principal ya se obligó a pagar un precio justo por aquella prestación, no puede ser éste el fundamento que justifique la asunción de obligaciones adicionales no consentidas. De manera que la teoría del beneficio no explica la responsabilidad que la ley atribuye al empresario principal.

Se ha hablado también de una culpa *in contrahendo*. Thayer y Novoa señalan que “compete al dueño de la obra, o al contratista, según el caso, adoptar los necesarios resguardos previos a fin de informarse bien sobre la calidad de la persona con quien contrata, su forma de cumplir las obligaciones, y además puede convenir la adopción de medidas de fiscalización y control sobre la forma como el contratista o subcontratista esté dando cumplimiento a sus obligaciones laborales y previsionales”.⁵ Pero esta teoría tampoco entrega un fundamento satisfactorio para las responsabilidades laborales asociadas al contrato o subcontrato de obra o servicio. En primer lugar, porque si, pese al actuar precontractual diligente del empresario principal, el contratista empleador incumple sus obligaciones, aquél deberá responder de todos modos frente a los trabajadores de éste, como mínimo subsidiariamente. Y, en definitiva, porque esta teoría presupone –y por ende no explica- la posición de garante del empresario principal respecto de los derechos de trabajadores ajenos.

Curiosamente, los mismos profesores afirman también que “se trata de una responsabilidad objetiva en que no ha mediado culpa del obligado”.⁶ Es bastante obvio que las responsabilidades empresariales que estamos estudiando son de carácter objetivo, que surgen sin culpa del empresario que contrata o subcontrata, pero la cuestión que se debe responder es por qué la ley les puede imputar tal responsabilidad sin culpa. Millon Loren,

⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, mayo de 2002, tomo XCVIII, Sección 3ª, p. 173 y 223.

⁵ Thayer, W. y Novoa, P. : *Manual de Derecho del Trabajo, tomo II, derecho individual del trabajo*, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 372.

⁶ *Idem*.



aventura que el fundamento estaría en la teoría del riesgo beneficio, o en la teoría del riesgo creado.⁷ Pero no se ve cómo la celebración de contratos y subcontratos de obras y servicios pueda ser una actividad riesgosa creada por la empresa principal, en el sentido que lo predicaban esas teorías, las cuales se refieren al riesgo que genera el uso de máquinas, fuentes de energía u otros instrumentos peligrosos en el sector industrial y que se concibieron para poder atribuir al empresario la responsabilidad por accidentes del trabajo que ocurran sin culpa suya. Lo cierto es que el detrimento patrimonial que sufre un trabajador al no poder cobrar sus créditos tiene cómo única causa la conducta de su empleador. Resulta absurdo, pues, pretender que dicho perjuicio venga determinado de algún modo por un riesgo creado por la celebración de contratos y subcontratos de obras y servicios por un tercero ajeno a la relación laboral. Salvo, claro está, cuando esos contratos o subcontratos se celebran con la intención de perjudicar a los trabajadores, vale decir cuando son contratos en daño de tercero. En tal caso, ciertamente, se justifica que ambos contratantes deban indemnizar solidariamente los perjuicios que causan a los trabajadores. No obstante, este fundamento alcanza para justificar las sanciones a la contratación simulada, pero no para los casos de contratación y subcontratación reales.

Entre las razones que se dieron para justificar la aprobación de la nueva ley, se repitió mucho entre los promotores del proyecto la necesidad de acabar con la figura del contratista falso o simulado y con los abusos que ella genera en perjuicio de los trabajadores. El art. 478 CT ya castigaba la figura del contratista falso con multas bastante altas para la empresa que utiliza este u otros subterfugios y, además, con la responsabilidad solidaria entre el empleador real y el empleador ficticio. La nueva ley trasladó la responsabilidad solidaria desde los fraudes en perjuicio de los trabajadores a la subcontratación legítima. Pues bien, si se extiende una sanción, hasta ese momento, propia de la subcontratación simulada, a la subcontratación real, uno podría entender que el legislador presume -¡de derecho!- que hay simulación y mala fe en toda descentralización; que todo empresario que subcontrata es, en realidad, empleador de los trabajadores que llegan a su empresa a través del contratista y que el contratista es siempre un testaferro o "palo blanco". Esta presunción, además de ser insostenible jurídicamente, pone en evidencia la confusión del actuar lícito con el actuar ilícito en que en que incurrió el legislador al asimilar, en términos prácticos, la

⁷ Millon, P.: *La responsabilidad subsidiaria en la legislación laboral*, Editorial Conosur, Santiago de Chile, 2001, p. 101.



subcontratación real a la subcontratación simulada y deja al descubierto la visión peyorativa del fenómeno descentralizador que informa la ley.

En otro lugar,⁸ bajo la vigencia del paradigma normativo anterior, procuré, desde las propias categorías de nuestro Derecho del Trabajo, dar fundamento a la responsabilidad laboral –entonces subsidiaria- del empresario que encomienda a otro una obra o servicio. Sostuve que, aunque la empresa contratista o subcontratista exista como tal y se comporte como empleador de sus trabajadores, al incorporarse con éstos en el ámbito de organización y dirección del empresario principal, éste asume respecto de aquéllas una posición jerárquica que repercute también sobre los trabajadores de las empresas auxiliares. Mientras dura esa incorporación, surge entre el empresario principal y los trabajadores externos, paralelamente a la relación de trabajo con el contratista o subcontratista, una relación fáctica y mediata –que denominé subordinación de segundo grado- a partir de la cual parece legítimo considerar al empresario principal como una suerte de empleador indirecto de tales trabajadores y, por ende, imputarle una responsabilidad subsidiaria en relación con la que pesa sobre el empleador directo. Con todo, la subordinación de segundo grado no justifica equiparar totalmente al empresario principal con el empleador directo, como ocurre tras la reforma legal que comentamos.

2.- Prohibición de suministro entre empresas relacionadas.

Por otra parte, la nueva legislación, junto con permitir, en determinados casos, el suministro de trabajadores por empresas autorizadas, lo ha prohibido expresamente entre empresas que formen parte de un mismo grupo. El nuevo art. 183-I.- del Código del Trabajo dispone que “las empresas de servicios transitorios no podrán ser matrices, filiales, coligadas, relacionadas ni tener interés directo o indirecto, participación o relación societaria de ningún tipo, con empresas usuarias que contraten sus servicios”.

Según parece, lo que se quiere con esta norma es evitar que las empresas generen empresas de suministro con el solo fin de interponerlas en la contratación de la mano de obra. En este sentido, Figueroa y Schwenke señalan que “lo que busca esta norma es evitar que el suministro de trabajadores sea un mero encubrimiento del verdadero empleador. El empleador, por diferentes motivos, como por ejemplo excluir a ciertos

⁸ Palavecino, C.: “La responsabilidad subsidiaria del comitente en los contratos y subcontratos de obras y servicios. Un intento de precisar su fundamento y extensión”, en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, Año VII, N°13, enero 2006, pp. 245-265.



trabajadores de los beneficios de un contrato colectivo, o para pagarles remuneraciones menores, puede verse inducido a crear una empresa de suministro de trabajadores que le proporcione parte de la mano de obra que necesita. En efecto, mediante la autocontratación con una empresa de servicios transitorios, con la cual se encuentre ligada o sencillamente es una prolongación simulada de la misma, se limitan o vulneran derechos como el de sindicación y negociación colectiva"⁹.

Es muy probable que éstas hayan sido las consideraciones tenidas a la vista a la hora de introducir la prohibición de suministro entre empresas relacionadas, no obstante, esta argumentación trasparenta los motivos conductores de la nueva legislación, a saber, una mal disimulada aversión por toda forma de descentralización y, como consecuencia derivada, la permanente confusión de dos planos, desde que, en este y otros casos, se aplica, con carácter general, tanto al actuar lícito como al actuar ilícito, una misma solución normativa, la cual debería regir sólo frente al actuar fraudulento. Para el legislador resulta, pues, inconcebible un suministro lícito entre empresas relacionadas. Se presume de derecho la mala fe. Fundada en esos motivos espurios, la prohibición de suministro entre empresas relacionadas resulta limitación desproporcionada de la garantía constitucional de la libertad de empresa. Por lo demás, si la razón ha sido evitar los fraudes por interposición de terceros, la prohibición no se justifica, puesto que la ocultación de la persona o del patrimonio del empleador a través de toda clase subterfugios ya están severamente sancionados en el art. 478 del Código del Trabajo.

En conclusión, la limitación de los derechos fundamentales del empresario que entraña la Ley 20.123 se sustenta en unas justificaciones febles, que dejan abierta la pregunta sobre la constitucionalidad del precepto legal.

⁹ Figueroa, C. y Schwenke, E.: *El suministro de trabajadores y las empresas de servicios temporarios*, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, Santiago, 2002, p. 216.









